

# 權利本質論 — 素描 —

加藤 正 男

權利についての思想は、すでに古代ギリシアにおいてもなえられたといわれている。しかし、人が生れながらにしてみち國家も侵すことができないというような權利、の思想が成立したのは、近代に入つてからのことである。<sup>(一)</sup>そして、權利の本質についての學説が主張されるに至つたのは、人の意思とか利益とかが特に經驗主義思想のうちで強調されるようになったところの、第十九世紀以來のことにぞくする。このような權利本質論には、それが「法學者の數に等しい」といわれているくらい、多くのものが存在している。そこで、その若干の諸形態を整理して、その論理のおよび史的意義を何ほどか考へるといふのが、本稿の目的である（わが國の從來の文獻については、特に本稿三をみよ）。

(一) 原田慶吉「基本的人權先史」國家學會雜誌六三七八

9. そのような權利思想の先覺者の一人に、P. J. A. フォイエルバツハがある。「拙稿「反ホップズ論」(譯註)同志社法學二をみられたい」。なおフランス革命における所有權の問題につき、拙稿・同志社法學五。

## 權利本質論

權利本質論のうちでは、從來、いわゆる意思説 *Willens-theorie* および利益説 *Interessentheorie* の二大學説が最も大きく對立してきた。いわゆる意思説は意思という要素を中心として、またいわゆる利益説は利益という要素を中心として、權利の本質を規定する學説である。そして比較的最近、この兩説を折衷した權利本質論が試みられることとなつた。このほか、意思または利益以外の要素を中心とする學説もまた存在するのである。

一 第一に、いわゆる意思説について。それは「權利[法]のきそは一般に精神的なものの *überhaupt das Geistige* であり、そのより近い立場および出發點は意思である」<sup>(一)</sup>（ヘーゲル）というように權利のこんきよを意思に求めたところの、權利思想の力強い影響をうけて登場し、主として歴史法學派の人々（その父祖はサヴィニー<sup>(二)</sup>）によつて主張されたものである。<sup>(三)</sup>そしてそのとくところは學者によつてさまざまであるけれど、大たい權利を「法によつて認められた意思の力または意思の支配 *Willensmacht* od. *Willensherrschaft*」と解している。すなわち、權利概念を實質的要素 *substantielles Moment* と形式的要素 *formales Moment* にわけるとすれば、（サヴィニーなども）後者を強調するわけである。ここで、いわゆる意思説の論理のおよび史的意義について

考えておきたい。(一)まず第一に、この説は論理的に次の點で批判されなければならない。そこにおいていわゆる「意思」の意義が必しも明かではないのであるけれど、それを自然的・心理的な意思だと解すれば、未成年者・禁治産者のように「意思」能力をもたない者は權利をしゆとくすることができないことになつて、實定法と矛盾する結論が生ずる。<sup>(五)</sup>少くとも、「意思」というような概念は、人をして餘りにも主觀的にすぎるものを考えさせる缺點をまぬがれない。そこで、意思説の論者は辯明して、本人の意思は代理人の意思をもつて補充されるという。しかし、それでは代理人のない場合を説明することができない。また、「權利において支配するところの意思は法秩序の意思にすぎないのであつて、權利者の意思ではない」とも辯明される。<sup>(六)</sup>しかし、「權利の實質をなすものが法秩序の意思であるならば、それは法秩序によつて認められまたは保障された意思ではありえない。……なぜなら、法秩序は自己の意思を意欲することができないと同じように、自己の意思を認めまたは保障することができないからである」。<sup>(七)</sup>

——意思説に對して正面から反對したのはいわゆる利益説であるけれど、いわゆる利益も意思という概念を離れては考えることができないものであるから、いわゆる意思説にも存在の理由はあるといわなければならぬのである。(二)第二に、この説の史的意義について(ヘーゲルおよびサヴィニーに即し)。(1)ヘーゲルは、「自由な意思」を論じている。しかし注意

すべきは、彼がその國家論において自由な意思の機能を意識的に停止させているということ、いいかえればそのいわゆる「自由」がいかなる内容をもつものであるかということである。彼においては、市民社會の成立する前に、國家という「一般に最初のもの」が前提されなければならない。<sup>(八)</sup>そして國家のうちで最高のものは、彼にあつては、けつきよくは彼の在世當時(このこと、つまり彼の思想の社會的きそ、も考えあわされねばならないが)の絶對主義的ドイツ國家なのである。しかもこれこそ具體的「自由」のあらわれであり、これの服従によつてのみ人は眞の自由を體驗することができるとされるのである。ラレンツのような新ヘーゲル主義者が同時にナチス・ドイツの御用學者であつたことも、このことと關係している。——もつとも、ヘーゲルの權利思想にも、きくべきところはある。たとえば彼は、近代的所有權の客體の機能が「利用」ではなく「價值」であることを、また價値の所有權が端的には貨幣の所有權にあらわれることを、さらに所有權客體の「物質」的存在が價値の「記號」にすぎないことを、指摘しているのである。<sup>(九)</sup>

(2)サヴィニーは、「民衆(人民)の精神」Volkgeistしたがつて民衆の意思を論じている。そこでいわゆる「民衆」は、權利に對して受動的な(つまり、これこそ自分の權利であり政治的權力によつて保障された權利でなければならぬ)と主張することをしない(民衆、すなわち *das Volk* または *die Nation* としての民衆であり、

an und für sichとしての民衆（「國民」Nation）ではなかつた。（革命的なフランス人が、好んで國民 nation. といふことばを用いるのに對して。）次に彼における權利の實質は、民衆の「生活」Volksleben および生活利益ではなくて、民衆の精神であつた。このことは、民衆のもつ受動的性格をさらに大きくし、法曹および官僚の職能をいちぢるしく過大なものにしてしまつた。<sup>(10)</sup>——もつとも、彼は「民衆のなかに、民衆によつて、民衆のために存在する國家」der Staat... in einem Volk, durch das Volk, für das Volk entsteht をとらふ<sup>(11)</sup>。そして彼の權利論は（權利能力論も）大たい近代的理論的であつて、社會政策の原則を封建的忠勤契約に解消する（ギールケの改悪者）よつたこととはしなかつたのである。

(一) Hegel, Philosophie des Rechts, 1820, § 4.

(二) サヴィニーの歴史主義とヘーゲルのそれとの間には、共通のきそがある [Hegel, a. a. O. の解説 (Lasson) をみよ]。外見上のくいちがいはあるけれど。

(三) Savigny, System des heutigen Römischen Rechts, Bd. 1, 1810, § 52 (末川博「サヴィニーの權利論」私法の基胎二〇十頁以下); Puchta, Pandekten, 1843, S. 41; Windscheid-Kipp, Pandekten, Bd. 1, 1862, § 37. (牧野英一「ウィンドシャイドとイエーリングの永逝五十年」法律時報一四二五頁)

### 權利本質論

(四) Windscheid-Kipp, a. a. O., § 37, 9 Aufl. S. 155f. (五) もつとも Puchta, a. a. O., S. 36 は辯明する「人は法によつて自己目的として——したがつて意思支配（少くとも潜在的に）を與えられたものとして——認められているところの存在である」と。

(六) Windscheid-Kipp, a. a. O., S. 158.

(七) Kelsen, Hauptproblem der Staatsrechtslehre, S. 584.——ケルゼン自身の純粹法學的な權利本質論が展開されるのは、a. a. O., 1911, S. 567 ff.; Reine Rechtslehre, 1934, S. 39 ff. (横田譯六八頁以下)（その力強い影響にたつものとして、尾高朝雄「權利本質論」の一序説「時報九一〇」）彼は權利が法の創設に参加 Teilnahme a. d. Rechtserzeugung することを論ずるのであるけれど、他方において主體の處分 Verfügung というようなことを強調しているのであるから、その説はいわゆる意思説に近いといわなければならぬ。

純粹法學的權利論は、法の社會的構造を離れてただその概念的構造のみを問題にするという意味において、Hofeldian system（ホーンフェルドを中心とする權利論）をおもいおこさせる。ただし前者は根本規範を出發點とするのに反して、後者は法律關係を中心とするけれど、[Hofeldian system によつては、たとえば

Cotbin, 29 Yale L. J. 163 (1919), 高柳賢三・國家學會五四五〇。] (もととも、イギリス・アメリカの權利論は、一般に、その本質論よりもむしろ分類論を中心としている。)——ホーフェルは、法律關係における八つの基本概念およびそのそれぞれの反對概念 Opposites と相關概念 Correlatives とについて説明する。

ここで反對概念と云うのはAの地位を同じAの立場から否定する場合であり、相關概念と云うのはAの地位をBの立場からみる場合である。これを表に示せば、

Opposites	right	privilege	power	immunity
	no right	duty	disability	liability
Correlatives	right	privilege	power	immunity
	duty	no right	liability	disability

そしてたとえば right は、他人による一定の行態(作為または不作爲)を強制しうる地位であり、"What must another do for me?" と對する答である。——Hofeldian system は、多くの賛成と若干の批判(特にパウンドおよびロクレータからの)とをえた。

右の諸理論(特にケルゼン主義)は、法の概念的構造のみをとりあげることによつて、強力な政治力から自己をまもるといふところで、重要な機能をもつてゐる。しかし、現代の歴史的段階は、そのような消極的

な機能のみでは問題を解決することができなくなつてゐるのである。(所有權と社會との交渉に關する一考察として、佐々木惣一編『人間生活と法及び政治』中の抽稿をみられたい。)

(八) Hegel, a. a. O., § 256. Vgl. Philosophie der Weltgeschichte (Lasson) Bd. I, S. 90.

(九) Hegel, Ph. d. Rechts, § 63. — 川島武宜『所有權法の理論』その他は、ヘーゲルの權利思想から多くをとりいれてゐる。しかし、ヘーゲルには、(1)本文で述べたこと (2)權利主體の階級性を十分には認めえなかつたこと などの限界がある。彼については、たとえば Marx, Kritik der Hegelschen Rechtsphil., 1844. 武市健人『歴史存在論の研究』中の「社會倫理」。(なを抽稿・同志社法學四)

(一〇) 自然法學派に反對した彼にも、よかれあしかれ、自然法的なものが残つてゐる。たとえば彼は、權利の一種として、財産權・親族權とならんで、自己または根源的な自己 ursprüngliche Selbst に對應するところの原權 Ureht と云ふようなものを考へてゐる。(a. a. O. § 53, S. 538.)

(一一) Savigny, a. a. O., § 10, S. 29. — サヴィニーについては、ほかごとく Kantowitz, in Encyclopaedia of the Social Science, vol. 7, 日本評論

社『法律思想家評傳』中の戒能通孝氏のもの。

二 第二に、いわゆる利益説について。それは、主としてイエーリングの主張したところである。彼の法學上の立場はその一生を通じてしばしば展移したのであるけれど、要するに法を目的の體系としてとらえ、目的の内容を心理的に利益と解している。〔目的法學〕その『ローマ法の精神』第四卷にあつて彼は、いわゆる意思説における意思中心の「形式論」をしりぞけ、權利を「法によつて保護された利益」*rechtlich geschützte Interessen* であるとなした。いわく、「權利の概念を構成するものに、二つの要素がある。一つは實質的な *substantielles* 要素であつて、權利の實際的な目的がそこに存在する。すなわち、法によつて保障されるべき利用・收益 *Nutzen, Vorteil, Gewinn* がこれである。他は形式的な *formales* 要素であつて、かの目的に對してただ手段という關係をもつ。すなわち、法の保護・訴 *Rechtsschutz, Klage* がこれである。前者は權利の核心であり、後者は權利を保護する皮殼である」と。すなわち、權利の實質的要素を強調するわけである。そして後に『權利のための闘争』において彼は、權利のためにたたかうことは權利者自身に對する義務であるのみではなく、社會に對する義務でもあり、それをやめることは權利者の人格を失わしめる動機である、と力説した。<sup>(1)</sup> —しかし、利益説にぞくするものは彼のみではない。

### 權利本質論

「權利とは一般意思が人にぞくするものと認めて保障するところの生活財貨の持分 *Anteil an den Lebensgütern* をいふ」とする立場も、<sup>(2)</sup> そうであるといつてもよいであらう。

いわゆる利益説は、(一) 第一に、論理的に次の點で批判されなければならぬ。權利は、親權・後見人の權利・第三者のためにする契約において受約者のもつ權利などのように、必しも利益を興えない。左に例示したものがあつても、利益を興えずとも、または權利の例外であるとしても、權利は利益あるいはそれをうけること自體ではなく、むしろ現在もしくは將來に利益をうけることができるところのものだともべきである。すなわち、權利の目的をその本質と混同してはならないのである。(二) 第二に、この説の史的意義を、イエーリングに即して考えよう。彼は『權利のための闘争』において、個々の資本家および労働者に對し、總資本・總労働の立場ないし利益のためにたたかうべき義務を課しているといえる。まず資本は、舊來の封建的なものとたたかう義務があると同じように、労働ともたたかう義務がある。次に労働者は、資本に對して從屬關係にたたなければならぬけれど、これとたたかう義務がある。この意味において、イエーリングは標準的な資本家と労働者とを豫想しているといわざるをえない。すなわち、權利過程の一つとして闘争を考へていながら、闘争主體の階級性を十分には分析することができなかつた。ローマ法通らしく社會關係を個人關係に還元し、階級

を個人の奥にかくしている。いきおい彼は、資本家の主體的  
 性格ないし利益の分析のみを展開し、労働者のそれについて  
 は問題を残しているのである。——ただし、彼の在世當時  
 (特に一八七〇年八〇年代)のドイツの社會的きそにおいて  
 は、典型的資本家と社會民主黨とがほとんど同時に誕生し、  
 「權利のための闘争」が現實に行われていた。それに、彼は  
 總體としての資本家および労働者を統合するような第三の法  
 的人格者を考えるようなことはしていない。また法の目的を  
 「正義」「信義誠實」「八序良俗」などで呼んだりもしない。  
 まして、「利益」によつて權利の實質的目的を示し、近代の  
 法的きそを力説した點において、彼およびその權利論はきわ  
 めて大きな功績をもつといふことができるのである。<sup>(四)</sup>

(一) Ihering, Geist des Römischen Rechts, III (Bd.  
 4) 1865, § 59 ff. (3 Aufl. S. 302 ff.) これは、彼の  
 利益説を知る上と一ばん重要。もつとも a. a. O. S.  
 331 ff. は、意思の新たな活動舞臺を認めている (一)  
 權利者は權利の満足 Genuss とついで自ら選擇する  
 ことができるのであつて、そこに權利者の處分 Ver-  
 fügung の自由が認められる、と説明する。(2) 法の反  
 射作用 Reflexwirkung と權利とを區別して、「訴は私  
 權の準據である」と斷ずる。) けれど。——彼の利益  
 説に影響を與えたものは、Krause の哲學およびその

學派の Ahrens, Röder. (Vgl. a. a. O. S. 322 Anm.  
 441.) いわゆる功利主義も、おそらくそうである (平  
 野義太郎『メンタム・最大多數の最大幸福』五四—五  
 頁をみよ)。

(二) Ihering, Kampf ums Recht, 1872. は、人格説・  
 新しい形における意思説とでもいうべき立場 (もつと  
 も本書は理論的というより實踐的な目的のために書か  
 れたのだが)。——Ihering, Geist, Bd. 2, 1874, §  
 31 (4 Aufl. insbes. S. 139 ff.) は意思説に近く、力  
 Macht と支配および意思の力を強調する (もつとも本  
 書は權利の本質を中心とした研究を展開するものでは  
 ないが)。したがつて、彼の權利本質論はその一生を  
 通じて意思説 (『精神』第二卷) → 利益説 (『精神』第四  
 卷) → 意思説 (『闘争』) の三展をみた、といえる。「末  
 川「イェーリングの權利論」前掲書二二三頁以下は、  
 Ihering, a. a. O., Bd. 2 u. 4 (1 u. 5 Aufl.) を中  
 心とした研究。」

(三) Dernburg, Das bürgerliche Recht Bd. 1, 1902,  
 § 41. (特に持分説ともよばれるが、大局的には利益説)  
 つついでデルンプルクは、權利が法に先存するといふ  
 學説を展開している。權利先存説は、批判しつくされ  
 ている感がある (例、末川・後掲書第五章第三節)。  
 權利は、法 (特に實定法) の保障によつて、げんみつ

ないみの権利となる。しかし、そのことは、道徳上・自然法上の権利などが考えられたことおよび考えられないでもないことを否定するものではない。(Olivecrona, supra; Hocking, Ways of thinking about rights, in "Law, a century of progress" vol. 2, 1937, p. 242, et seq. 恒藤・後掲(をみよ))。

(四) イエーリングの権利論の力強い影響をうけるものは、Kohler, Pandrechtl. Forschungen, S. 46, 川島・前掲書その他。イエーリングについては、ほかのこととは、Lange, Wandlungen Iherings 1927; 末川『不法行為並に権利濫用の研究』一八九頁以下、Ihering, Zweck im Recht への戒能氏の書評・時報 二二五。

三 左の二學説は、それぞれ短所とともに長所をもつものであつて、権利者という人を中心として権利を考えるかぎりにおいては、全く反ばつするものであるとはいえない。すなわち、いわゆる利益も人の意思という概念を離れては考えることができないし、いわゆる意思も利益という目的を離れては無内容となる。そこで、兩説を折衷した各種の権利本質論が行われるようになったのである。——この折衷的な説は、意思説のいわゆる「意思」が餘りに主観的な概念を思わせる缺點をさけて、力 Macht, power または権能 faculté という

ふうな概念を強調する。そしてそれぞれニュアンスをもつた表現を用いるけれど、大たい意思したがつて力と利益との二要素を結合して権利を定義する。すなわち、権利は人の利益のために法によつて認められた力であつて、利益をうけるための保護手段である」と。

この立場でよく知られるものは、Merkel, Juristische Enzyklopädie, 1885, § 159; Bekker, Pandektenrecht, Bd. 1, 1889, § 18; Jellinek, System der subjektives öffentlichen Rechte, 1892, S. 42; Regelsberger, Pandekten, Bd. 1, 1893, § 14; Gierke, Deutsches Privatrecht, Bd. 1, 1894, S. 251 ff. [平野『民法におけるローマ思想とドイツ思想』六三頁註(三)]; Stobbe-Lhmann, Deutsches Privatrecht, Bd. 2, 1919, § 75; Enneccerus, Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts, Bd. 1, 1921, § 65; Planiol, Droit civil, 1911, § 1 etc. この立場は、わが國でも一般に認められている。わが國の文獻としては、やはり法学概論・民法總則〔たとえば中島玉吉・川名兼四郎氏の共著(六一四)〕、および岩波法律學辭典中の恒藤恭(昭九)・穂積重遠・美濃部達吉(昭一〇)氏の諸論文のほか、石田文次郎『現行民法總論』緒論第一節にかかげる諸文獻〔特に末川博『權利侵害論』(昭五)第五章〕など。

Olivecrona, Law as fact, 1939 (南山俊翰・同志社論叢 八二・八四) Ch. 3 も、この立場だといえる。權利を po-

ver となすけれど、他方「有利」といつたような表現を用

いているという意味で。——オリヴェクローナの權利論の

特色について一言。彼は法を事實だとする立場から出發し

て、「(1) 權利はいかなる事實でもないから、法と權利には

必然的關係はないし (2) 權利は觀念的なものだ」といつて

いる。まず (1) 權利(例、所有權)の概念と關係をもつとこ

ろの事實は、彼によれば (a) 物すなわち權利の客體 (b) 法

(c) 法律機構 (d) 法律機構との關係における權利者の有利な

地位 (e) 權利に關して科せられる現實の制裁 (f) 客體の現

實的支配における權利者の安全性 (g) 他人の所有物を尊重

させるところの法および法律機構の心理的壓力、である。け

れども權利そのものはこれら諸事實のいづれでもない、と

される。しかし、それはともかくとして、權利が法の保障

によつて最も強力なげんみつなものとなることは疑うこと

ができないし、また法のもつところの性格は事實的性格の

みではない。(2) 權利の觀念性についての彼の指摘は、權

利概念を社會的機能 *fonction sociale* の概念にかえる思

想(デュギー)や、權利概念を自然法の領域においやる思想

(ケルゼン)や、さらには「權利(法律)物神性」の名のもと

に權利概念を輕視する思想(バシユカーニス——加藤新平

『法學的世界觀』特に第二論文をみよ)や、と通ずるものが

ある。もつとも、特にさいごの思想ほどにはつていして

いないけれど。「佐々木編・前掲書中の拙稿および本稿一註

(七)も、かんたんながら、これらの思想にふれた」

四 以上のほか、意思(または力)および利益以外の要素

を中心として權利を定義する學說が、わが國において發表さ

れた。

I その第一は、範疇説とよばれるものである。それは、

權利を「法律ニ由リテ許サレタル人ノ行爲ノ範圍」(例、梅謙

次郎氏)となすのである。

いわゆる範疇説は、(一)第一に、論理的に次の點で批判され

る。まず、權利が範圍であるという規定は、空虚な標準を示

すにすぎない。また、權利を行爲であるとする規定は、いわ

ゆる意思説と同じような誤りをくりかえすことになるし、さ

らに行爲として表現される前の潜在力を説明することができ

ないのである。(二)第二に、この説の史的意義について(梅氏

に即し)。その立場は、よかれあしかれ個人主義であつた。

たとえば、そのいわゆる「法律」論は天理・人性にもつづい

て自然に定められ歴史を超越するもの(自然法)をきそとし、

またその法律「行爲」論は契約・合意をきそとして理解され

ている。同時に、企業の權利をはかること、労働者の權利お

よび小作權について「ビスマルク的」社會政策・半封建的關

係、がすすめられる(「自由民權法學」と異なる)。——しかし氏

は、「民法いのでて忠孝」<sup>(一)</sup>といふように家族制度(例、戸主

權)を支持するようなことはしなかつた。そして、將來にお



ける家族制度の廢止を斷言させしているのである。(三) (わが國の最近の民法改正をおもえ。)

(一) 梅謙次郎『民法要義』一(明二九)三頁。および平沼麒一郎『民法總論』(明三八)一〇〇頁。

(二) いわゆる「勞働權」には、本稿は關係しない。なおいはゆる生存權思想の展望として小林直樹・法哲學四季報四。

(三) 梅氏について、たとえば平野「日本資本主義の機構と法律」第一論文。——もつとも、梅氏は後に、特に法力説とよばれる立場に移つたようである。いわく、「權利とは他人に自己の行動「行爲」を正當と認めしむることを得る力をいう」と。(明治四〇年東大での講義。岩田・後掲『新論』六八頁)(ただし、「行爲」については本文前述、「正當」については後述)「權利は適法行爲の基礎を爲す法律上の能力なり」とする立場も(仁保龜松「權利の意義に關する我國近時の二大學說を論評して自説に及ぶ」内外論叢二四・法政新誌七〇明三六)、この説に入れてよいであろう。大局的には、いわゆる意思説またはいわゆる折衷説であろう。

Ⅱ 意思・力および利益以外の要素を中心とする權利本質論の第二は、正當狀態説と名づけられるものである。それは、權利が「或行爲ヲ爲スコトヲ正當トスル特別ナル法律上ノ狀

態」だとするのである。

權利を行爲に限ることの缺點については、前にふれた。そこで、この説の一論者は代理權および期待權を權利でないこと(三)を説明し、他の論者は權利をもつて行爲のみに限らずあることを正當とする法律上の狀態とした。(三)しかし、權利は潜在的な狀態というよりも、むしろそれが實現せられる力であると解するほうが適當である。——その上「正當」というような概念は、對象を假裝するものである。すなわちそれはまず、時間的にも場所的にも人的にも、特殊的相對的な内容をもつものである。(たとえば、アリストテレス在世當時のギリシアでは、どれい制度が「正當」であつた。)さらに、「正當」の正當なるゆえんを決定する者は何人であるか(立法者か裁判官か法學者か等々)、を分析しなければならぬのである。

(一)(二) 川名兼四郎『日本民法總論』(大四)一四頁以下。一五、二三三、二六九頁。

(三) 岩田新『日本民法總論』(大一一四)九頁。しかし氏は、その後、次のような超法學的な立場に移つた。いわく、權利とは「國民生活上必要とせられる事項に對し吾が固有の道義が止揚せる法律上の實體」であつて「法律に依つて具體化せられたる道義」である、と。〔岩田『民法總則新論』(昭一六)七七頁。〕